

LA PREVALENCIA DEL DERECHO ESTATAL SOBRE EL DERECHO REGIONAL

IGNACIO DE OTTO Y PARDO

SUMARIO: I. SOBRE EL USO INDEBIDO DE LAS CATEGORÍAS DEL ESTADO FEDERAL.—II. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA EN LOS ESTADOS FEDERALES: 1. *Universalidad y opiniones doctrinales.* 2. *La función de la prevalencia en los sistemas federales:* a) Prevalencia al margen de las normas de competencia. b) Operatividad de la prevalencia dentro del orden competencial. 3. *Recapitulación.*—III. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL: A) *La ausencia de límites al poder normador del Estado. Derecho general y derecho particular:* 1. Los grados de vigencia como técnica de articulación de ordenamientos. 2. El carácter gradual y desigual de la autonomización. 3. *Recapitulación.* B) *El contenido de la regla de prevalencia:* 1. El concepto de competencia exclusiva. 2. La posible eficacia de la cláusula al margen de la competencia: a) Prevalencia inmediata general. b) Prevalencia inmediata en materias compartidas. 3. *La regla de prevalencia como inversión del principio de especialidad:* a) El criterio de aplicación. b) La función de la regla de prevalencia.—*POST SCRIPTUM: La regla de prevalencia en el Informe de la Comisión de Expertos sobre autonomías y en la obra de L. Parejo.*

I. SOBRE EL USO INDEBIDO DE LAS CATEGORÍAS DEL ESTADO FEDERAL

Este trabajo tiene una segunda intención. La primera es, obviamente, ver de qué modo la regla de prevalencia contribuye a definir y dilucidar los conflictos entre derecho estatal y derecho autonómico, un problema cuya importancia en el presente y en el futuro no hace falta subrayar. El análisis de la llamada regla de prevalencia del artículo 149.3 de la Constitución Española es tan sólo una parte de la labor más importante que el Derecho público español ha de emprender en los años venideros: articular el derecho autonómico con el ordenamiento general.

La otra intención —segunda, pero no oculta— es más teórica y doctrinal. Se trata de criticar la tendencia de la ciencia jurídica española

a utilizar los conceptos del Estado federal para el análisis de nuestro sistema, y de hacer esa crítica precisamente a partir de un concepto clave en la articulación de los ordenamientos, como el de la prevalencia del derecho estatal.

El modo en que el sistema de la autonomía regional se inserta en nuestra conciencia política y jurídica es sumamente paradójico y, me atrevo a pensar, muy genuinamente español. Uno de los datos de la paradoja es que el Estado regional es creación española. Lo crea ya, como «Estado integral», la Constitución republicana, que introduce un esquema de distribución territorial del poder conceptualmente nuevo en Europa, y la Constitución de 1978 lo profundiza de un modo audaz y asombroso, quizá ambas cosas excesivamente. Sin embargo, y por ello la paradoja, la conciencia política tiene esa forma de Estado como algo no querido, por excesivo o por insuficiente. Para unos, aparece como una amenaza a la unidad del Estado, como una «concesión» que sería mejor no haber hecho y en cuyos aspectos concretos hay que ser cicatero, tacaño y, si es preciso, tramposo. Para otros es lo mejor de lo malo, una situación insuficiente que hay que aceptar de modo provisional, como una forzada estación de tránsito hacia más. En ambos casos la imagen es el federalismo, que para aquellos es fantasma terrible y para otros ilusión acariciada, meta final. Esa es la paradoja: las mentes de las que nace el Estado regional son, en realidad, federalistas. Están a favor o en contra de su federación y el Estado regional es el sorprendente fruto del amor —o del odio— que sienten hacia ella.

En la conciencia jurídica ocurre algo similar. Basta ojear cualquier texto que se ocupe del asunto para percibir que los conceptos utilizados son, en general, los del derecho federal para adaptarlos a un sistema «próximo» o «emparentado». Y esa actitud, que sería comprensible, aunque errónea, en quienes ven en el Estado regional una estación de tránsito, se da también en juristas que en principio hay que considerar radicalmente alejados de ese planteamiento. Unos y otros coinciden en utilizar conceptos del federalismo para analizar el sistema de la autonomía regional.

La segunda intención de este artículo es sentar, y demostrar en un caso concreto, una tesis general, la de que las *estructuras jurídicas* del Estado federal y del Estado regional son radicalmente distintas y, en consecuencia, la aplicación a éste de conceptos nacidos en aquél sólo puede conducir a resultados incorrectos.

He subrayado los términos *estructuras jurídicas* para precisar la tesis y anticiparme a una objeción. No se trata en modo alguno de

afirmar que el Estado federal y el regional tengan contenidos políticos radicalmente distintos, de modo que aquél sea más «descentralizado» que éste y lo sea por su propia naturaleza. De ningún modo. Una Comunidad autónoma española tiene quizá más poder verdadero, más «autonomía», que ciertos Estados miembros de una Federación. Sin duda saldría ganando por mucho en comparación con un Estado de los Estados Unidos de México. Pero eso no es un obstáculo para que haya una radical diferencia en el modo de articulación interna de los ordenamientos porque en un caso se opera con el concepto de autonomía y en el otro con el de soberanía. Un ejemplo más concreto aclarará la tesis. Quizá la Constitución de un Estado miembro de una Federación sea mucho más pobre en todos los sentidos que un Estatuto de Autonomía, pero a pesar de todo aquélla sigue siendo Constitución y ésta Estatuto, y sería fuente de confusión aplicar un mismo sistema de conceptos para examinar la dinámica de una y otra y sus relaciones con la Constitución general. El análisis jurídico—instituto en este término: jurídico—ha de tener en el Estado federal y en el regional una apoyatura dogmática distinta, por más que los contenidos políticos sean o puedan ser idénticos. En definitiva, también los sistemas políticos británico y francés son parientes muy próximos, de una misma familia, y sin embargo cualquier iuspublicista sabe que sus estructuras jurídicas difieren sustancialmente, empezando por el propio modo de reconducir a personificación unitaria el poder público.

El análisis del significado del principio de prevalencia del derecho estatal sobre el derecho autonómico quiere ser un ejemplo de esa tesis y de algo más dentro de ella: de las funestas consecuencias que puede tener para el proceso de descentralización el uso indebido de conceptos propios del federalismo. De ello se ocupan las siguientes páginas, que forman parte de un más amplio esfuerzo por configurar una dogmática propia del Estado regional, tarea que es un auténtico y difícil reto para el Derecho público español.

II. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA EN LOS ESTADOS FEDERALES

1. *Universalidad y opiniones doctrinales*

La regla que se contiene en el artículo 149.3 de nuestra Constitución viene a reproducir una cláusula habitual en los Estados federales. Encuentra su equivalente en el artículo 8.2 de la Constitución ameri-

cana, en el artículo 31 de la Ley Fundamental de Bonn —que a su vez tiene sus antecedentes en el artículo 13 de la Constitución de Weimar y en el artículo 2.º de la del Reich de 1871— y la doctrina la considera implícitamente contenida en el artículo 2 de las Disposiciones Transitorias de la Constitución Suiza. Dentro de los Estados federales merece la pena resaltar la ausencia total de la cláusula en el derecho constitucional austriaco.

Esta universalidad de la regla va acompañada de la afirmación, por una parte de la teoría del Estado federal, de que la cláusula es esencial para este último. Así según SCHWARTZ constituye la «clave del arco del poder federal» y para MAUNZ la regla «corresponde al ordenamiento jurídico del Estado Federal». Entre nosotros es de la misma opinión GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros.

Sin embargo, y en contraste con ésta tesis, hay quienes consideran que la regla es inútil para el Estado federal o, más aún, que es perfectamente contraria a su esencia. Así para MAX IMBODEN la regla es un cuerpo extraño en el Estado federal, es tautológica y repetitiva, y para VON MANGOLDT y KLEIN es parcialmente inútil. CARL SCHMITT da un paso más y afirma que la cláusula constituye un cuerpo extraño en el ordenamiento federal. Dentro de esta línea merece la pena reproducir literalmente las palabras más críticas pronunciadas contra la cláusula de prevalencia. Son de Kelsen: «es una de las paradojas de la teoría del Estado federal el que se considere el principio según el cual el derecho federal rompe el de los Estados como esencial al Estado federal y que de ese modo se haya ocultado la necesidad de un Tribunal Constitucional para ese Estado. Es fácil demostrar que nada puede ser más contrario a la idea del Estado federal que tal principio, que hace que la existencia política y jurídica de los Estados miembros dependa del capricho de la Federación, al hacer posible que por una ley ordinaria, incluso por un simple reglamento, se violen las competencias de los Estados miembros en contradicción con la constitución global».

La cláusula, por tanto, está muy lejos de ser unánimemente considerada como esencial al Estado federal y, según trataremos de demostrar, la opinión adversa debe ser aun más clara en el caso de un Estado como el que se prevé en el título VIII de nuestra Constitución.

Para examinar a qué puede responder tan radical divergencia de opiniones y, sobre todo, para precisar el alcance de la cláusula es necesario exponer previamente las diversas funciones que puede cumplir en el sistema de los Estados federales.

NOTA

El contenido de los textos legales citados es el siguiente:

Artículo 6.º, 2, de la Constitución americana: «Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.»

Artículo 31 de la L. F. de Bonn: «El derecho federal quiebra el derecho estatal.»

Artículo 13 de la Constitución de Weimar: «El derecho del *Reich* quiebra el derecho estatal. Si existen dudas o diferencias de opinión acerca de si un precepto de derecho estatal es compatible con el derecho del *Reich*, la autoridad central competente del *Reich* o del Estado podrá instar la decisión de un Tribunal Supremo del *Reich* en los términos que establezca una ley del *Reich*.»

Artículo 2.º de las disposiciones transitorias de la Constitución suiza: «Las disposiciones de las leyes federales, de los tratados y de las constituciones o leyes cantonales contrarias a la presente Constitución dejan de estar en vigor con la adopción de ésta o de las leyes que prevé.»

La opinión de B. SCHWARTZ se encuentra en su obra *A Commentary on the Constitution of the United States. The Powers of Government. I. Federal and State Powers*. Nueva York, 1963, pp. 37 y ss. La de MAUNZ se halla en su comentario al artículo 31 de la Ley Fundamental alemana, en la obra colectiva de MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ: *Grundgesetz-Kommentar*, Munich, sin fecha. Entre otros muchos autores alemanes cabe citar también K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, I*, Munich, 1977, pp. 567 y ss. La opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA se encuentra en el libro *La distribución de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Madrid, 1980, en la página 29. Se trata de una breve nota en la que parece dar acogida a la doctrina federal más difundida.

La opinión de MAX IMBODEN se encuentra en un artículo frecuentemente citado, de modo erróneo, como exponente de la doctrina favorable a la cláusula de prevalencia. Se trata de *Die Staatsrechtliche Bedeutung des Grundsatzes «Bundesrecht bricht Kantonales Recht»* (1942), que se halla recogido en *Staat und Recht*, Basilea, 1971, pp. 127 y ss. La opinión, sumamente crítica, se encuentra en las páginas 138 y ss. Es muy recomendable la lectura de todo el artículo, que constituye una original exposición del problema. La opinión de VON MANGOLDT y KLEIN está expuesta en su comentario al artículo 31 de la Ley Fundamental en su obra *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, 3 vols, 2.ª edición, Berlin-Frankfurt, 1957-1974. La opinión de CARL SCHMITT se halla en su *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, páginas 381 y ss.

La cita literal de KELSEN corresponde a su ponencia *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, presentada en la sesión de 1928 de la Asociación de Profesores alemanes de Derecho Público y publicada en el número 5 de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929. La cita corresponde a la página 83. Sin embargo, el autor expuso dicha doctrina repetidas veces: en su *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925 (1966), pp. 220 y ss.; en su *Osterreichisches Staatsrecht*, Tubinga, 1923 (Aalen, 1970), pp. 176 y ss., y en su intervención en el debate que siguió a las ponencias de FRITZ FLEINER y JOSEF LUKAS

sobre el tema *Bundesstaatliche und Gliedstaatliche Rechtsordnung*, en la sesión de 1929 de la Asociación citada. La opinión de KELSEN se recoge en el número 6 de las *VVDtRL*, pp. 57 y ss. Para el examen del problema es de sumo interés la ponencia de FRITZ FLEINER. La ausencia de la cláusula en el Derecho austriaco se explica obviamente por la influencia de KELSEN en la Constitución de 14 de marzo de 1919. Un resumen de la diversidad de opiniones puede hallarse en la obra de F. ERMACORA: *Allgemeine Staatsleure*, Berlin, 1970, volumen 2.º, pp. 659 y ss., en la que se contiene una apreciable bibliografía sobre el asunto. ERMACORA se suma a la opinión más crítica de la cláusula.

Sobre la ausencia de la cláusula en el Derecho federal austriaco, que es el más radical mentís a la tesis de la esencialidad de la cláusula, véase del mismo ERMACORA *Osterreichische Verfassungsleure*, Viena-Stuttgart, 1970, página 322.

2. La función de la prevalencia en los sistemas federales

a) Prevalencia al margen de las normas de competencia

1. En su origen más remoto la regla nace para resolver problemas de colisión de normas que tienen su raíz en la pluralidad de ordenamientos personales o territoriales tras la disolución del Imperio Romano. Su primera formulación es la inversa a la actual: *Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht*, de modo que ante el concurso de normas provocado por el emerger de nuevos ordenamientos particulares la regla opera imponiendo la aplicación de éstos en el caso concreto en que la colisión se ha producido. Pero nótese que se trata de una regla de colisión que hoy llamaríamos ideal, de modo que su función no es la de *invalidar* la norma contra la que opera, sino tan sólo la de producir su *inaplicación*. No se pretende dirimir una cuestión de competencias, sino que este aspecto se deja a un lado para tratar de resolver únicamente la cuestión suscitada por el concurso de normas en un caso concreto. Aplicar la norma local frente a la del *Reich* no significa declarar incompetente al *Reich* para dictar la norma que resulta preterida.

Trasladada al ordenamiento jurídico del Estado federal la regla de colisión tiene inicialmente un sentido inequívoco. Con ella se trata de afirmar que el derecho creado por la Federación obliga inmediatamente a todos los ciudadanos y autoridades sin necesidad de que para ello intervengan los Estados con su concurso y sin que a tal obediencia puedan oponerse la existencia de una norma contraria de la Constitución o del Estado. Tal obligación inmediata significa que en cualquier caso se aplicará preferentemente el derecho de la Unión, y no el de los Estados. La misma norma opera así como regla de colisión que, en

principio, y tal como ocurría en sus orígenes, es independiente de que la Federación tenga o no competencia: opera como presunción de competencia en favor de aquella.

Se trata, evidentemente, de un principio político, que no deriva inmediatamente del concepto de Estado federal, porque la simple afirmación de un poder propio de éste —y distinto del de los Estados miembros— se conseguiría también sin que operase tal presunción siempre que hubiese algún sistema de hacer valer las normas competenciales de la Constitución. La presencia de tal norma de colisión denota una actitud política según la cual no sólo hay dos esferas separadas, sino, además, un poder *superior* a otro, poder cuya superioridad se manifiesta en que sus normas han de ser obedecidas también cuando están fuera del ámbito competencial constitucionalmente definido.

2. Ahora bien, tal norma de colisión traería consigo la omnipotencia —y no sólo la superioridad— de la Federación si faltase la posibilidad de un control jurisdiccional de la conformidad de las leyes con la Constitución. Este es, por ejemplo, el caso de Alemania antes de 1919, ya que la Constitución imperial de 1871 —aquella que el último Guillermo declarara no haber leído nunca— desconocía una instrucción judicial unitaria capaz de ocuparse *exprofesso* de la delimitación de competencias entre *Reich* y los *Länder*. Y éste es también el caso actual de Suiza, en la cual el artículo 113 II de la Constitución de 1874 impide que el Tribunal federal examine la constitucionalidad de las leyes federales.

En todos estos supuestos la ausencia de una facultad de control de la constitucionalidad de la ley federal conlleva la consecuencia de que la presunción de competencia implícita en el acto de la aplicación preferente del derecho federal sea indestructible, que lo que en otro caso sería sólo una presunción *iuris tantum*, destructible para la determinación de la incompetencia, se transforme en una presunción *iuris et de iure*. La ley federal dictada fuera de la competencia, esto es, lo que nunca debiera producirse, resulta inatacable y válida, y paradójicamente son las leyes de los Estados las que, a pesar de su constitucionalidad, resultan invalidadas. En palabras de MERKL: *Vernunft Wird Unsinn, Wohltat Plage*.

La necesidad de afirmar la supremacía de la Federación conduciría así a poner en manos de ésta la posibilidad de vulnerar la Constitución ejerciendo al margen de ella, y a través de la legislación ordinaria, una competencia sobre la competencia. Esto es lo que lleva a Kelsen a la afirmación antes citada y lo que permite decir a AUBERT que en el

derecho suizo existen dos repartos de competencias: uno patente, que resulta de la Constitución, y otro latente, que resulta de las leyes, dualismo innegable por más que no se deba exagerar la distancia entre las fronteras que trazan uno y otro. En otras palabras: la cláusula, sin ulterior revisión de la presunción, conduce a liquidar la supremacía de las normas constitucionales y atenta contra un principio básico del Estado de Derecho.

La regla de la prevalencia sólo es compatible con el mantenimiento de la estructura federal constitucionalmente prevista si existe una instancia judicial que pueda examinar la adecuación de las leyes a la Constitución. La existencia de tal facultad permite que en la aplicación la colisión normativa se resuelva sin que la solución implique al mismo tiempo un pronunciamiento definitivo relativo a la competencia, cuestión ésta que sólo se habrá de dilucidar cuando se ponga en tela de juicio la competencia de la Federación ante la instancia controladora habilitada para ello. La cláusula, por tanto, garantiza la aplicación de cualquier norma estatal, incluso sin competencia, pero sólo de un modo provisional, en tanto en cuanto no entre en funcionamiento el mecanismo de control de la constitucionalidad de la normas desde el punto de vista del orden constitucional de competencias. Se trata, por tanto, de una eficacia provisional de la norma anticonstitucional, pero en todo caso es un tratamiento de favor, por cuanto asegura la obediencia, la aplicación, frente a eventuales resistencias de los Estados, que sólo se podrán reconducir válidamente por la vía prevista para el control de la constitucionalidad de la norma.

3. Todo ello pone de manifiesto que la cláusula de supremacía, la regla de prevalencia, se encuentra íntimamente conectada con la estructura de la jurisdicción constitucional o, para decirlo de modo más general, con el problema de las facultades de examen de la constitucionalidad de la norma que tenga quien haya de aplicarla. Si al llamado a la aplicación le está enteramente vedado el examen de la constitucionalidad, la cláusula opera como complemento de la concentración de la jurisdicción constitucional. Si, por el contrario, el llamado a la aplicación tiene alguna facultad de examen —lo que no significa que pueda emitir un juicio de inconstitucionalidad— la cláusula de prevalencia no sólo no tiene fundamento en el sistema, sino que opera en él como una excepción que elimina la facultad de examen desde la perspectiva de la competencia. Se trata entonces de una excepción que se debe tan sólo a una opinión política en favor de la Federación y en contra de los Estados miembros.

A este respecto importa señalar —con insistencia— que la regla de prevalencia así entendida, como norma que sustituye el examen por la presunción, dista mucho de ser universal. Sigue operando en los Estados Unidos pero no en la República Federal alemana. En ésta toda la doctrina afirma unánimemente que el principio del artículo 31 sólo favorece al derecho de la Federación si ha sido creado dentro de la competencia, pero en modo alguno si está fuera de ella. El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad previsto en el artículo 100 de la Ley Fundamental permite que los jueces planteen la cuestión cuando consideren que la norma puede ser inconstitucional por infringir el orden de competencias previsto en la Constitución. Y el funcionario que albergue la misma sospecha planteará el problema por el conducto jerárquico al órgano habilitado por el artículo 93 de la Ley Fundamental para interponer el recurso de inconstitucionalidad.

La regla de la prevalencia es, ciertamente, casi norma universal en los Estados federales. Pero desde luego no lo es en el sentido que se acaba de señalar, sino en el que se verá después. Y este es un extremo de capital importancia a la hora de examinar el problema en nuestro derecho constitucional.

NOTA

Para la historia de la cláusula de prevalencia en el Derecho medieval véase el trabajo de MAX IMBODEN que se cita en la nota anterior. A la relación entre el principio y la facultad de examen se refieren de manera expresa FLEINER y Kelsen en los lugares anteriormente mencionados. Acerca del caso suizo y de los efectos que sobre la prevalencia ejerce el sistema de control de constitucionalidad suizo, véase, entre otros muchos, J. K. AUBERT: *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Neuchatel, 1967, volumen I, pp. 242 y ss. La cita relativa al doble reparto, patente y latente, se halla en la página 242. La obra expone una opinión sumamente adversa al sistema. La cita de A. MERKL se encuentra en *Zum Rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung* (1921), recogido en H. Kelsen, A. MERKL y A. VERDROSS: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Viena, pp. 1593 y ss.

Respecto del valor de la cláusula en Alemania véase la obra citada de MAUNZ y otras, así como los comentarios que en la misma se contienen a los artículos 93 y 100 de la Ley Fundamental. Véase asimismo comentarios a los artículos 70 y ss. y 80 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, en la obra colectiva de MAUNZ-SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN-ULSAMER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Munich, s. f. En el mismo sentido véase el comentario al artículo 31 de la Ley Fundamental en I. von MÜNCH (Ed.): *Grundgesetz-Kommentar*, Munich, 1976. La doctrina del Tribunal alemán sobre la materia subyace a la sentencia de 29 de enero de 1974 (BVerfGE, 36, 342 y ss.). Para lo dicho acerca del examen de la validez para los funcionarios, véase H. Y. WOLFF y O. BACHOF: *Verwaltungsrecht*, vol. I, 9.ª ed., Munich, 1974, pp. 155 y ss.

b) *Operatividad de la prevalencia dentro del orden competencial*

1. La sumisión de la regla de prevalencia al orden competencial es, por tanto, cosa exigida por los principios del Estado de derecho, en definitiva por la soberanía de la Constitución, que se vería suplantada por la del legislador federal si éste pudiera alterar los límites que aquella le supone. Pero esta conclusión suscita de inmediato una pregunta: ¿qué sentido tiene entonces la regla de prevalencia del derecho federal? Parece que, si el derecho de la Federación sólo prevalece cuando ésta actúa con arreglo a su competencia, la regla es inútil y repetitiva. Tal es la tesis de MAX IMBODEN, según hemos visto. Y también la que, con restricciones, mantienen VON MANGOLDT y KLEIN respecto de la cláusula en el vigente derecho constitucional alemán.

Para hacer frente a esta objeción es preciso trazar aquí un breve esquema de los posibles criterios de reparto de competencias en el Estado federal, esquema que, por otra parte, ha de servir de elemento de comparación al analizar la solución del título VIII.

La atribución de competencias en el Estado federal se basa en el doble eje de oposición competencia plena—competencia compartida y competencia exclusiva—competencia concurrente. El primero de ellos se establece en función del *quantum* de facultades que se ostentan sobre una materia, de modo que la competencia es plena cuando un sujeto, la Federación o los Estados, ostenta todas las facultades posibles sobre una materia, esto es, la legislación y la ejecución, o bien todas las facultades de una misma calidad; toda la legislación o toda la ejecución. En tales casos se hablará de competencia plena o de competencia legislativa plena o ejecutiva plena. La competencia es, por el contrario, concurrente, cuando la materia de que se trate se encuentra distribuida entre ambos sujetos en niveles verticales—lo que no significa en todo caso jerárquicos—de modo que la Federación tenga la legislación y los Estados la ejecución o aquella la legislación de bases y éstos la legislación de desarrollo.

Cuestión enteramente distinta es la que subyace a la distinción entre competencias exclusivas y competencias concurrentes. En ésta no se trata del *quantum* competencial, sino del modo de atribución de la facultad misma, según que se atribuya o no en régimen de monopolio. Hay competencia exclusiva cuando la facultad de que se trate—sea cual sea su extensión—se atribuye de modo tal que el otro sujeto quede excluido de ella. La competencia es *exclusiva* porque el otro sujeto está *excluido* de ella—aunque pueda ostentar *otra* facultad sobre

su materia, que sería compartida—; es exclusiva porque se atribuye de modo *excluyente*. Tal es el principio general de la atribución de competencias en el federalismo, que se basa en la atribución alternativa de la titularidad: o a la Federación con exclusión de los Estados, o a los Estados con exclusión de aquella. Se trata de un criterio perfectamente compatible con el de la plenitud o compartición de la materia: la Federación tiene la legislación en exclusiva, porque los Estados no pueden legislar en la materia, pero ésta está atribuida a la competencia compartida porque los Estados tienen, también en exclusiva, la ejecución. En ocasiones, sin embargo, la atribución de una facultad o un sujeto no implica monopolio, exclusión del otro, sino que éste dispone de la *misma* facultad, por ejemplo de la legislación o de la totalidad de las facultades de que dispone el otro en la misma materia. En tal caso se habla de competencias *concurrentes*, expresión que quizá sería mejor sustituir por competencia acumulativa pero que tiene el valor de recordarnos que es precisamente ese tipo de competencia el que da lugar al concurso de normas.

2. El principio de prevalencia opera dentro del campo de las competencias concurrentes y sólo dentro de éstas. Y si se ha trazado el anterior esquema es precisamente para poder insistir en este punto: el principio de prevalencia altera su sentido si opera dentro de las competencias compartidas y lo altera porque en tal supuesto estaría sirviendo como corrector del orden de competencias constitucionalmente establecido.

¿Cuál podría ser su eficacia en tales casos? El problema de las competencias compartidas, en concreto de la legislación compartida en la que la Federación sienta las bases y los Estados las desarrollan, radica en que no siempre es fácil determinar si esta o aquella norma tiene carácter básico o de desarrollo, de modo que puede resultar tarea ardua la de decidir si la norma ha sido creada dentro de la competencia o, por el contrario, excede de ésta. El uso de la regla de prevalencia en tales casos conduce a una presunción en favor de la Federación y en contra de los Estados en el sentido de que las normas federales en el ámbito se presumirán básicas y, por tanto, conformes a la competencia. La regla, por tanto, se presenta como un principio de interpretación. En realidad, sin embargo, la operación llevada a cabo no ha sido la de interpretación, sino la de abandono de ésta para recurrir a un criterio ajeno al competencial: la regla de prevalencia. En principio el deslinde entre lo que son leyes de bases y lo que son leyes de desarrollo puede llevarse a cabo sin necesidad de salirse del marco

estricto de lo que son las normas de competencia, y buena prueba de ello es que así lo hace la jurisdicción constitucional alemana sin hacer uso de la regla de prevalencia. Cuando se utiliza ésta, siquiera sea para resolver los casos dudosos, la solución que ofrecen las normas de competencia es sustituida por una presunción en rigor ajena a ellas y cuyo efecto es alterar su contenido por cuanto se consideran conformes a la competencia de la Federación normas que, de no haberse operado la presunción, caerían fuera de su ámbito competencial y no podrían prevalecer frente a las de los Estados.

3. La regla de prevalencia sólo puede operar con respecto al orden de competencias si se limita al supuesto de las llamadas competencias concurrentes. Tales supuestos se producen, por ejemplo, en la Constitución americana, en la que, según ponía de manifiesto el juez MARSHALL en la sentencia del caso GIBBONS V. HAGEN, se establecen ciertos ámbitos en los que son por igual competentes la Unión y los Estados. Un fenómeno similar se da en la Constitución suiza, en la que son de competencia acumulativa materias como el derecho privado—artículo 64—o el comercio—art. 31 bis II—. También se dan competencias concurrentes de esta índole en el artículo 72 de la Ley Fundamental alemana.

Para que la regla de prevalencia opere en ese terreno es preciso que la atribución acumulativa de la concurrencia no vaya acompañada de una regla que resuelva el concurso. Así ocurre en el artículo 72 de la Ley Fundamental de Bonn en el que se dice que «en el ámbito de las competencias concurrentes los *Länder* tienen la facultad de legislar en tanto y en cuanto el *Bund* no haya hecho uso de su derecho de legislación». Por ello la doctrina afirma que la regla de prevalencia no opera en el caso de que el concurso se produzca entre leyes, ya que para este caso funciona la regla especial del artículo 72. La prevalencia opera tan sólo si en la colisión intervienen por un lado u otro normas de rango no legal: la Constitución o normas reglamentarias.

Cuando falta tal regla, o en la medida en que con ella no se cubran todos los supuestos, la regla de prevalencia opera a favor de la Federación de modo que a derecho de ésta, válido por actuar dentro de su competencia, quiebra el de los Estados miembros, válido también por la misma razón. La cláusula, por tanto, no altera el reparto de competencias sino que actúa dentro de él dirimiendo el concurso normativo allí donde la regla de atribución de competencias no ofrece por sí misma una solución. Este es el caso de la citada sentencia del juez MARSHALL y uno de los efectos más importantes de la *supremacy clause*.

El mismo efecto produce la regla en el derecho suizo. En el campo de las competencias concurrentes la regla de prevalencia despliega unos efectos propios, distintos de los que surgen de las propias normas competenciales, pero en absoluto contrarios a ella, sino complementarios. Su aplicación supone afirmar la privación de un derecho válido sobre otro derecho válido, opera sobre normas creadas ambas por sujetos competentes a los efectos de resolver en favor de uno de ellos la colisión resultante de la acumulación de competencias federativas.

NOTA

Las tesis de MAX IMBODEN y de VON MANGOLDT y KLEIN se contienen en las obras anteriormente citadas.

El vocabulario que se suele utilizar para la clasificación de las competencias no es uniforme, desgraciadamente. Así, por ejemplo, T. RAMÓN FERNÁNDEZ utiliza como sinónimas las expresiones competencia compartida y concurrente y, en relación con el Derecho alemán, trata el supuesto del artículo 72 de la Ley Fundamental como un supuesto de competencia compartida contra el tenor literal del precepto y pasando por alto que las competencias concurrentes se encuentran en el artículo 75 de dicho texto legal, relativo a los *Rahmenvorschriften*. Véase «El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Revista de estudios de la vida local*, 1979, núm. 201.

La limitación de la cláusula de prevalencia a los supuestos de competencia concurrente es cosa clara en la doctrina alemana, como lo es el rechazo de todo tipo de presunción a la hora de analizar la diferencia entre las leyes marco o de bases y la legislación de desarrollo. Véanse los comentarios de MAUNZ y de J. von MÜNCH a los artículos 31 y 75 de la Ley Fundamental en las obras ya citadas. Allí se insiste en que el deslinde en el campo de las competencias compartidas debe hacerse a partir de la interpretación de los conceptos, sin ninguna presunción en favor del Estado.

3. *Recapitulación*

La cláusula de prevalencia es una norma de colisión, no una norma de competencias. Pero esto no quiere decir que actúe al margen de la competencia, sino algo muy distinto: que la cláusula opera tan sólo cuando se produce una colisión de normas y no entra en juego si falta tal colisión, no opera como una norma dirigida a dirimir cuestiones de competencias aún cuando el otro sujeto no haya hecho uso de su poder normador. La calificación de la regla de prevalencia como norma de colisión no significa, por tanto, que opere al margen de la competencia, sino que se refiere al supuesto de aplicación: éste será tan sólo la colisión normativa, no los conflictos competenciales.

En ese su papel de norma de colisión la cláusula puede operar con arreglo a las normas de competencia —que en tal caso constituyen el

primer criterio de análisis— o al margen de ellas. En el primer supuesto las normas amparadas por la prevalencia deben cumplir el requisito previo de ser válidas desde el punto de vista de la competencia. En el segundo caso el amparo de la prevalencia se otorga al margen de la validez, de modo que el derecho federal prevalecerá aun cuando haya sido creado fuera de la competencia de la Federación. En este caso el enjuiciamiento de la validez se substituye por una presunción.

Es una exigencia del Estado de derecho que la cláusula de prevalencia opere tan sólo dentro de los límites que derivan de las normas de competencia, porque de otro modo la prevalencia conduciría a que las normas anticonstitucionales fuesen validificadas precisamente contra aquellas que son constitucionalmente correctas.

Cabe, sin embargo, que se establezca una excepción distinguiendo entre la solución inmediata del conflicto y su resolución definitiva. La prevalencia operaría como una presunción de validez del derecho de la Federación, que se aplicaría siempre, presunción *iuris tantum* susceptible de ser destruida o confirmada en el juicio definitivo. En ese uso la cláusula de prevalencia sirve para separar el juicio de aplicación del «juicio de validez» disponiendo que el primero se guíe por una presunción general de validez del derecho federal sin entrar a examinar si tal validez se da o no. Tal función de la cláusula tiene sentido a partir de la relativa concentración de la jurisdicción constitucional que impide que los órganos llamados a aplicar la ley puedan examinar la constitucionalidad de ésta, o es en sí misma un factor de esa concentración. Por ello puede decirse que la cláusula sustituye la jurisdicción constitucional y se hace inútil en la medida en que el órgano de aplicación tenga facultades para operar a partir del juicio de validez.

En la medida en que la cláusula de prevalencia haya de actuar, de inmediato o no, dentro de las normas de competencia, de modo que sólo podrá prevalecer el derecho federal válido, es evidente que la cláusula sólo podrá operar en aquellos campos en que se produzca un concurso de competencias de modo que las reglas competenciales, al facultar por igual a ambos entes, sean por sí mismas insuficientes para resolver la colisión. Allí donde las normas de competencia excluyan a uno u otro de los sujetos, operan directamente para resolver la colisión. Si no pueden resolver la colisión, entra en juego la regla de la prevalencia del derecho federal.

La regla de la prevalencia no es jurídicamente esencial o necesaria al Estado federal, ya que en principio la colisión de normas podría resolverse —incluso de inmediato— a partir del juicio de validez, y una

distribución de competencias en términos de estricta exclusividad eliminaría los supuestos en los que la prevalencia juega un papel autónomo dentro de las normas constitucionales de competencia. La regla de la prevalencia obedece más bien a un principio político: la necesidad de apoyar e impulsar la superposición del ordenamiento federal sobre los ordenamientos preexistentes, venciendo de inmediato la eventual resistencia de éstos, y la de ampliar el campo de competencia de la Federación, dentro de los límites constitucionales, en aquellos supuestos en que éstos no excluyen por sí mismos a los Estados miembros.

NOTA

En la nota de GARCÍA DE ENTERRÍA antes citada parece presente la tesis de que el carácter de norma de colisión propia de la cláusula significa que ésta opera al margen de la competencia, siquiera sea de modo provisional. En su apoyo se cita la sentencia alemana antes recogida. Pero de la lectura de ésta no se desprende tal conclusión. Si la sentencia insiste en que el artículo 31 contiene una regla de colisión y no de competencia, es tan sólo para señalar que únicamente opera cuando se produce una colisión y no como pretendían en el caso las alegaciones del Ministerio del Interior para examinar si el Land actuó o no conforme a su competencia. La sentencia dice literalmente (p. 383): «El artículo 31 de la Ley Fundamental es un precepto para resolver colisiones de normas. Presupuesto para que se aplique la norma de colisión es que dos normas entren en colisión. Si esto no ocurre, no sólo no hay necesidad de un precepto especial que regule la relación de ambas normas entre sí, sino que es conceptualmente imposible —por faltar la posibilidad de la colisión— poner en juego y aplicar una norma de colisión.» El significado de la frase parece claro.

III. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL

A) *La ausencia de límites al poder normador del Estado. Derecho general y derecho particular*

1. *Los grados de vigencia como técnicas de articulación de ordenamientos*

Para examinar la regla de prevalencia en un Estado de organización autonómica es necesario partir de un dato de capital importancia que diferencia la estructura regional de la federal. Mientras que en el Estado federal la limitación del poder de la federación se hace limitando materialmente su *validez*, en el caso del estado regional el poder del Estado se halla sometido únicamente a límites de *vigencia*.

Toda forma de descentralización supone la existencia de un ordenamiento *general*, al que se llama ordenamiento del poder «central» fren-

te a ordenamientos particulares, vigentes tan sólo en una parte del territorio. En el caso del Estado federal el campo material propio del ordenamiento general—el campo competencial de la Federación—se encuentra limitado a determinadas materias, con la consecuencia de que las normas dictadas fuera de ella son *nulas*. La técnica para permitir que el ordenamiento general coexista con los ordenamientos particulares es la limitación material de aquél en términos de validez-invalidez, de modo que sólo ciertas materias pueden ser objeto del ordenamiento general. La Federación tiene un poder normador materialmente limitado, lo que permite que las materias excluidas sean objeto de normación por los ordenamientos particulares de los Estados.

En el Estado regional, por el contrario, la superposición de los ordenamientos se lleva a cabo mediante una técnica distinta. El ordenamiento general no está limitado materialmente—todo el derecho del Estado es válido cualquiera que sea la materia de la que se ocupa—sino que en aquellas materias que sean de la competencia de la Comunidad Autónoma el ordenamiento general tiene una vigencia disminuida. La técnica utilizada no es la de limitar las materias que el Estado puede normar válidamente, sino la de determinar materias en las que su derecho cederá ante el que hayan dictado las Comunidades Autónomas. *La competencia normadora del Estado no tiene límites, es una competencia general. Los únicos límites se producen en la aplicación de esas normas: allí donde tenga competencia la Comunidad Autónoma, la norma estatal—que es válida—tendrá una vigencia de segundo grado.*

Tal tesis, capital para examinar el problema de la prevalencia—y en general para el análisis del título VIII—puede resultar sorprendente, o al menos insólita. Si es así, se debe a que nuevamente operan las categorías propias del Estado federal abusiva e incorrectamente trasplantadas al análisis de un sistema de distribución de competencias que guarda escasa relación con el propio de las estructuras federales. El examen de nuestras normas constitucionales, y muy singularmente de las que contiene el párrafo 3.º del artículo 149, nos pone de manifiesto que la tesis que aquí se mantiene es perfectamente coherente con nuestro derecho positivo.

Según la frase 2.ª del artículo 149-3 «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía corresponderán al Estado». Tal frase podría servir de fundamento a la tesis de que la competencia del Estado para dictar normas encuentra su límite allí donde la Comunidad Autónoma haya asumido competencias.

El Estado no tendría competencias más que en la medida en que no la tuviera la Comunidad Autónoma. De modo similar como ocurre en el Estado federal la competencia del Estado, el número de materias de que podría ocuparse el ordenamiento general, estaría sujeto a un límite material. La consecuencia de ello sería que las normas dictadas por el Estado fuera de su ámbito competencial serían nulas, por cuanto habrían incurrido en inconstitucionalidad, en violación del «bloque de la constitucionalidad» a que se refiere el artículo 28-1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, tal interpretación viene invalidada por lo que el propio artículo 149-3 afirma en la frase que sigue a la mencionada. En ella, además de la regla de prevalencia que estamos examinando, se afirma que «el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas». Cuando el texto legal emplea la expresión «en todo caso», tras establecer una regulación especial —la prevalencia— para el supuesto de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, está afirmando, obviamente, que tal supletoriedad se dará *también* cuando el derecho del Estado se ocupe de materias que corresponden a la competencia de las Comunidades Autónomas. La regla de la supletoriedad significa, por tanto, que cuando el derecho del Estado se ocupe de materias de la competencia de la Comunidad Autónoma no por ello será nulo —como ocurriría en un derecho federal— sino que será de aplicación supletoria, esto es, válido, pero de vigencia disminuida allí donde exista un derecho válido de las Comunidades autónomas.

Tal conclusión viene exigida, además, por la propia dicción literal de los artículos 26-1 y 21 de los Estatutos Catalán y Vasco, en los cuales el efecto previsto en las materias de competencia autonómica es que en ellas el derecho de la comunidad será de aplicación preferente y sólo en su defecto se aplicará el derecho del Estado. Tales preceptos prevén, obviamente, que puede haber derecho válido del Estado en tales materias, esto es, que la limitación del poder del Estado no se lleva a término limitando el ámbito material de su validez, sino disminuyendo su vigencia para determinadas materias —las de competencia de la Comunidad— en determinados territorios: los que hayan accedido a la autonomía.

Por último, ésta es la doctrina que mantiene el Tribunal Constitucional en la sentencia de 13 de febrero de 1981, relativa al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares. En dicha sentencia

se dice que el hecho de que determinados artículos traten de materias acerca de las cuales podrán legislar los órganos competentes de las Comunidades «no significa que sean inconstitucionales», que el supuesto conflicto «no afectaría para nada a su validez en el resto del territorio español» y que en los territorios autonómicos los preceptos «se verán afectados por las posibles leyes de las Comunidades pasando a ser en éstas derecho supletorio y no derecho aplicable en primer término».

2. *El carácter gradual y desigual de la autonomización*

La limitación en términos de vigencia, y no en términos de validez, es, por otra parte, perfectamente coherente con la peculiar estructura de nuestro Estado autonómico y, en concierto, con tres características del mismo: no es jurídicamente obligado que todo el Reino se constituya en Comunidades Autónomas; no todas las Comunidades Autónomas han de tener las mismas competencias; no todas usarán por igual de las competencias que les correspondan.

Es obvio, en primer lugar, que el Estado puede seguir dictando normas que tendrán una aplicación plena en los territorios que no hayan acreditado a la autonomía. A diferencia de lo que ocurre en el Estado federal, donde, por definición, todo el territorio está «federalizado», cubierto por ordenamientos particulares, en el caso del Estado regional español tal uniformidad en la autonomización no viene constitucionalmente exigida, por más que sea políticamente posible y quizá probable. En tanto haya partes del territorio de la Monarquía sin autonomizar, el derecho del Estado será en ellos el único ordenamiento vigente. El derecho del Estado en las materias competencia de las Comunidades Autónomas será, por tanto, válido, si bien tendrá una vigencia disminuida en el territorio de éstas.

Si todos los territorios se han constituido en Comunidades Autónomas la conclusión tiene que ser la misma. En primer lugar, no es preciso que todos tengan el mismo ámbito de competencias —incluso está previsto que al menos durante un tiempo no sea así— y ello significa que el derecho del Estado será de aplicación plena en aquellas Comunidades que no se hayan visto atribuida la competencia de que se trate y será de aplicación supletoria en las restantes.

Pero aún en el supuesto de que todas las Comunidades hubieran asumido el mismo contenido competencial el derecho del Estado seguiría cumpliendo una función. Cabe la posibilidad de que aún asu-

mida la competencia no se haga uso de ella, dejando así un vacío normativo que habrá de ser colmado por el ordenamiento general. Y cabe asimismo la posibilidad de que, aun haciendo uso de su competencia todas las comunidades, sus ordenamientos sean parciales o incompletos y las Cortes Generales consideren conveniente crear un derecho supletorio uniforme. En todo caso, la progresiva autonomización de todo el territorio no conlleva una pérdida de validez de las normas estatales sino una pérdida paulatina de vigencia que, en el supuesto de ordenamientos autonómicos uniformes y completos, acarrearía para el derecho del estado una pérdida absoluta de funcionalidad y sentido. Legislar en tal supuesto sería quizá estúpido, pero es bien sabido que la estupidez por sí misma no es inconstitucional.

La atribución de una competencia a las Comunidades Autónomas no significa, por tanto, la paralela privación de esa misma competencia para el Estado. El derecho que éste haya usado anteriormente sigue siendo válido tras la entrada en vigor del Estatuto, y el uso por la Comunidad de la competencia normadora de que se trate ni provoca la derogación del derecho estatal anterior ni congela la potestad normadora para el futuro. Su única consecuencia es que el derecho estatal, anterior o posterior, será de aplicación supletoria y no preferente. La atribución de competencias a las Comunidades Autónomas incide tan sólo sobre la vigencia del derecho estatal, sobre su aplicación.

Por esta razón, la única posibilidad de que el derecho del Estado resultase nulo por violación del orden competencial sería el supuesto de *que regulase su propio ámbito de vigencia en términos contrarios a como lo hacen la Constitución y las normas que integran el bloque de la constitucionalidad* del artículo 28.1 de la LOTC. No es inconstitucional una norma que regule materias del derecho civil catalán ni lo es la que regule las bibliotecas, pero sí lo sería aquella que derogase las normas catalanas —o autonómicas en general— en la materia a que declarase su aplicación preferente las normas del Estado. La posible inconstitucionalidad no derivaría de la materia, sino de que en la determinación territorial de ésta —por ejemplo, bibliotecas de Cataluña— o de las disposiciones adicionales, se regulase el ámbito de vigencia y la prelación de normas, extremos éstos que corresponden a la Constitución y a los Estatutos, no a las leyes, ni siquiera a las leyes orgánicas. En términos más generales, el derecho del Estado puede ocuparse de cualquier materia y sólo le está vedado pronunciarse sobre el

efecto que han de surtir sus normas sobre el poder normador de las Comunidades Autónomas y sobre el derecho que éstas creen en uso del mismo.

Con ello se nos dibuja un panorama totalmente distinto del de los Estados federales. En éstos la articulación del ordenamiento general y los ordenamientos particulares se hace con el solo criterio de las materias: en unas —competencia de la Federación— sólo será válido y vigente el derecho general, en otras —competencia de los Estados miembros— sólo será válido y vigente el derecho de éstos. En el Estado que se configura en el título VIII la articulación del ordenamiento general y los particulares se establece combinando el criterio de las materias con el de la validez y la vigencia. En todas las materias será válido el derecho estatal, el ordenamiento general, pero éste será de aplicación supletoria en el territorio de las Comunidades Autónomas en aquellas materias en que éstas hayan hecho uso válido de su competencia normadora.

3. *Recapitulación*

Todo lo dicho significa que el derecho del Estado no está sujeto a una limitación material, de modo que ninguna materia le está sustraída, ni siquiera aquellas que se atribuyen a la competencia de las Comunidades Autónomas. El derecho del Estado es, como en los ordenamientos federales, un derecho general en cuanto a su ámbito de vigencia territorial. Pero —a diferencia de lo que ocurre en los Estados federales con el derecho de la Federación— es además un ordenamiento completo, o potencialmente completo, porque ninguna materia le está sustraída. La atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en tanto como el reconocimiento de la facultad de crear un nuevo ordenamiento, un ordenamiento particular, que viene a superponerse al ordenamiento general haciendo que éste pase a ocupar un lugar supletorio en aquellos terrenos en los que se ha reconocido a la Comunidad Autónoma un poder para crear normas.

La dinámica misma de la relación entre ordenamiento general y ordenamientos particulares es fundamentalmente distinto de la que se da en el Estado federal. En éste nos encontramos originariamente con una pluralidad de ordenamientos jurídicos separados e independientes entre sí, pluralidad sobre la que se superpone un derecho general. Tal superposición tiene lugar mediante una distinción según las materias, mediante la sustracción de algunas de éstas al ámbito

de competencias de los Estados originarios para atribuir las al nuevo poder federal, que a su vez queda limitado a ellas. En nuestro caso, por el contrario, partimos de un ordenamiento unitario y uniforme, de un derecho general, al que pueden superponerse —pueden, porque no es obligado que así ocurra— otros ordenamientos circunscritos a determinadas materias y de vigencia territorialmente limitada. Tal posibilidad, y el uso de las facultades en que la misma se concreta, no significa un retroceso de la competencia normadora del Estado, sino tan sólo que sus normas cederán el lugar de la aplicación preferente a las que creen las Comunidades Autónomas y servirán para cubrir las lagunas que éstas dejen abiertas. El ordenamiento general —el derecho del Estado— cubre así la totalidad de las materias y a él se superponen ordenamientos particulares, más o menos completos, que hacen retroceder las normas generales en su aplicación. Ello permite que el proceso de regionalización tenga un carácter matizado y desigual, como corresponde a las diversas situaciones de que hace, mientras que en Estado federal la unicidad del nuevo ordenamiento elimina por definición la posibilidad de introducir matices en su vigencia. Por ese motivo resulta criticable —por inductora a la confusión— la terminología habitual que contrapone un derecho del Estado y un derecho de las Comunidades Autónomas como si fueran dos cosas distintas. No hay un derecho del Estado *frente* al de las Comunidades Autónomas, como ocurre en los Estados federales. No lo hay, en primer lugar, porque no se trata de dos ordenamientos situados uno *frente* a otro, con ámbitos materiales delimitados por la frontera entre la validez y la invalidez. Tal cosa sólo es cierta para las Comunidades Autónomas, pero no para el del Estado, que es derecho subyacente al de las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, no hay un derecho del *Estado* y un derecho de las Comunidades Autónomas, como si éstas fuesen cosa distinta del Estado, como si fuesen no-Estado. Hay, por el contrario, un solo Estado y un solo ordenamiento jurídico con un sentir general y otros particulares: también las Comunidades Autónomas son poderes del Estado y su derecho es derecho estatal. Un solo Estado y un solo ordenamiento, con un poder —los órganos centrales— el «Estado» facultado para crear normas de vigencia general, válidas y vigentes en todo el territorio, aunque de eficacia disminuida en alguna de sus partes, y otros poderes —las Comunidades Autónomas— facultadas para crear normas de validez limitada a ciertas materias y de vigencia circunscrita a determinados territorios, en los que serán de aplicación preferente. E incluso la denominación de «poder

central» es criticable —aunque consagrada por el uso— en cuanto pueda servir de base a la idea, totalmente errónea, de que hay un derecho periférico y no central opuesto al «central». La centralidad significa tan sólo generalidad, vigencia general, y la no centralidad es únicamente vigencia territorialmente limitada, es no generalidad.

De tal estructura se desprenden importantes consecuencias para la regla de la prevalencia. Vamos a adelantarlas aquí, porque presiden todo el análisis que sigue.

a) La primera es que si el Estado —mejor sería decir: las Cortes Generales y, en su caso, el Gobierno—, ostenta una competencia normadora materialmente ilimitada, la colisión entre derecho estatal —general— y derecho autonómico no es, como en los Estados federales, una excepción, sino *regla general*. En los Estados federales la colisión implica, salvo en el caso de las competencias concurrentes, que la Federación o los Estados han violado los límites a que está constitucionalmente sometido su poder. No así en nuestro caso. No es menester que la Comunidad Autónoma actúe fuera de su competencia para que se produzca la colisión, sino que ésta se produce también cuando actúa dentro de su competencia: también en este caso puede encontrarse con una norma del Estado válidamente creada. La colisión no es un supuesto excepcional, sino la regla, y toda norma de una Comunidad Autónoma se encuentra, en el acto mismo de su nacimiento, con su gemela estatal.

b) De ahí deriva que la colisión no puede resolverse en términos de validez-invalididad del derecho general, sino en términos de prelación en el orden de aplicación de las normas. Y si no puede resolverse en términos de validez-invalididad del derecho general está claro que no son aplicables a nuestro ordenamiento ni la presunción de validez que implica la prevalencia ni el ulterior juicio de competencia que sirve para la inversión del primitivo juicio presunto en los Estados federales. Es necesario que la prevalencia signifique otra cosa, si queremos mantenernos en una interpretación coherente con el sistema que nace del título VIII de la Constitución.

NOTA

En el motivo quinto del recurso que dio lugar a la sentencia que se menciona en el texto se consideraba que determinados preceptos de la Ley de Centros Escolares son inconstitucionales por no ser propios de una ley orgánica —que debe constreñirse al desarrollo de los derechos y libertades fundamentales— y que otros son anticonstitucionales por tratar de materias cuya regulación no pertenece al Estado, sino a las Comunidades Autónomas.

Lo dicho en el texto coincide parcialmente con la sentencia —en lo que se refiere a la tesis de que el «exceso» no provoca invalidez, sino tan sólo aplicación supletoria—, pero, en cambio, diverge de ella en lo que se refiere al tratamiento dado a la disposición adicional 3.^a de la ley, que establece que determinados preceptos podrán ser modificados por ley de las Comunidades autónomas, previsión que el recurso considera inconstitucional por violación del artículo 81 de la Constitución española. Se trata, por tanto, de una norma que regula el poder normador de las Comunidades autónomas, una norma del tipo que antes se decía no puede incluir una ley del Estado. En la sentencia la cuestión se resuelve examinando si los preceptos mencionados en dicha disposición adicional son o no competencia del Estado, con la consecuencia de que la disposición adicional se declara inconstitucional en cuanto permite la modificación de preceptos que el Tribunal Constitucional considera propios de la exclusiva competencia estatal. El criterio que aquí se mantiene es distinto y coincide con el que subyace al voto particular de los magistrados AROZAMENA y RUBIO LLORENTE: «Respecto de las competencias relativas del Estado y de las Comunidades autónomas carecen de toda eficacia las normas atributivas o limitativas que las propias leyes orgánicas interponen en su propio seno. Una norma de este género sólo es eficaz en la medida en que sus previsiones coinciden con lo ya establecido y en esta misma medida sus previsiones son superfluas.»

B) *El contenido de la regla de prevalencia*

1. *El concepto de competencia «exclusiva»*

La característica básica de la regla de prevalencia del artículo 149.3 es que en éste el principio opera únicamente «en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia» de las Comunidades Autónomas. La cuestión previa a examinar es, por tanto, la de qué ha de entenderse por «competencia exclusiva» de la Comunidad Autónoma, problema difícil por la imprecisión del texto constitucional y por el abuso que del término hacen los Estatutos de Autonomía.

Nuevamente hay que señalar aquí que el esquema del Estado federal resulta de nula utilidad, si bien es preciso reconocer que, en este caso, la doctrina española se ha apartado casi totalmente del mismo. En efecto, en el Estado federal —ya lo hemos visto— el concepto de competencia exclusiva se opone al de competencia concurrente, pero no al de competencia compartida. Y parece claro que en el caso del derecho español en modo alguno puede ser así. Tras lo que se acaba de decir respecto de la competencia general del Estado, está claro que el hecho de que una competencia se atribuya a la Comunidad Autónoma no *excluye* por completo la competencia del Estado y al menos

en lo que se refiere a la facultad de dictar normas, aunque sí afecte a la aplicación de éstas. Lo inconstitucional podría ser, en su caso, el acto de aplicación de la norma, nunca la norma misma.

A partir de ese dato, suficientemente aclarado, es obvio que, en rigor, todas las competencias son concurrentes o, lo que es lo mismo, que cuando se atribuye una competencia a la Comunidad Autónoma se le atribuye en concurrencia con la competencia subsistente del Estado, hecho éste por el que las reglas de colisión no son en nuestro ordenamiento normas a aplicar en supuestos excepcionales, sino reglas de aplicación general, ya que toda norma de la Comunidad Autónoma, incluso la dictada dentro de su competencia más estricta, entra en colisión con una norma del Estado.

En el derecho español —en nuestro Estado regional— el concepto de competencia exclusiva no se opone, por tanto, al de competencia concurrente, sino al de competencia compartida. El criterio no es el monopolio de la facultad normadora, sino el que se atribuyan o no todas las facultades sobre una materia o todas las facultades de una misma calidad, por ejemplo, toda la legislación o toda la ejecución. Exclusividad equivale así a plenitud, de modo que hay *competencia exclusiva* cuando se ostentan la plenitud de las facultades —legislativa y ejecutiva— sobre una materia, y hay competencia legislativa exclusiva cuando se ostentan todas las facultades legislativas y ejecutiva exclusiva cuando se ostentan todas las facultades de ejecución. Por el contrario, la competencia no es exclusiva cuando es *compartida*, cuando no abarca todas las facultades, o cuando no abarca todas las de una misma calidad, por ejemplo, cuando es sólo ejecutiva o cuando incluye tan sólo la legislación de desarrollo, pero permaneciendo en manos del Estado, en monopolio, la legislación básica.

2. *La posible eficacia de la cláusula al margen de la competencia*

a) *Prevalencia inmediata general.*—Según una de las tesis que se han mantenido acerca de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3, la limitación de la misma al caso de las competencias no exclusivas de las Comunidades Autónomas no es criterio de aplicación inmediata, sino un criterio de fondo. Esto significa, que, según esa opinión, el derecho del Estado prevalecerá en todo caso en la aplicación inmediata y más tarde, al examinar el fondo, al dirimir la competencia,

darán paso a la norma autonómica cuando ésta haya sido dictada por la Comunidad Autónoma dentro de su exclusiva competencia. La solución inmediata, por tanto, será siempre en favor del Estado, y la solución definitiva se invertirá cuando resulte que la Comunidad Autónoma ha actuado dentro de su exclusiva competencia. La prevalencia, por tanto, opera aquí de modo provisional fuera de las normas de competencia «suspendiendo» éstas a la hora de resolver la colisión.

La tesis que se sostiene aquí es por completo distinta. En el caso del Estado regional no es posible que la prevalencia opere como criterio de aplicación inmediata, sino que está en todo caso ligada al juicio sobre la competencia, sin que éste pueda ser suspendido ni siquiera de modo provisional, ya veremos cómo.

¿Cuáles serían las consecuencias de una aplicación necesaria de la regla de prevalencia a nuestro ordenamiento? Hemos visto que la cláusula de prevalencia tiene como contenido básico una presunción de validez de una norma con la consiguiente presunción de nulidad de otra, presunciones que permiten la suspensión del juicio de validez que, en el terreno de los puros principios, debería presidir la aplicación. En el ordenamiento federal tal presunción tiene un valor simétrico para ambos ordenamientos, aunque con un contenido inverso. El hecho de que cada sujeto en colisión tenga una competencia tasada significa que las normas de ambos pueden estar sometidas al juicio de validez en función de la competencia y que para ambas tenga un sentido simétrico, aunque contrario, la introducción de una presunción. Pero no ocurre así en el caso del Estado que se configura en el título VIII de nuestra Constitución. En éste, el Estado no tiene una competencia tasada, sino una competencia normadora general, y sólo las Comunidades Autónomas tienen una competencia limitada en cuanto a la creación normativa. Esto significa que el criterio de validez, esto es, de la competencia o incompetencia, sólo funciona para las Comunidades Autónomas. Pero no para el Estado, cuyas normas son, desde el punto de vista de la competencia, válidas en cualquier caso. Para las normas estatales, por tanto, la presunción de validez no significa ponerse a salvo, momentáneamente, de un juicio de validez que en ningún caso podría hacerse. Quien se encuentra ante el problema de la aplicación no podría resolverlo en ningún caso recurriendo al examen de la validez del derecho del Estado porque el problema no es resolver si tal derecho es o no válido, sino si debe aplicarse de modo preferente o

de modo supletorio. Por el contrario, las normas autonómicas sí están sometidas al esquema de la validez-invalididad y, por tanto, si tiene para ellas algún sentido someterlas a la cláusula de prevalencia entendida al modo general. Sólo para las normas autonómicas existe una conexión entre la validez y la aplicación, de modo que para ellas sí opera la prevalencia como presunción. En concreto, como presunción de invalidez, dado que, según la interpretación que aquí se analiza, las normas del Estado se suponen siempre válidas y, en consecuencia, las de la Comunidad Autónoma se suponen siempre nulas.

Desde el punto de vista lógico nada habría que objetar a tal planteamiento. Ahora bien, la aplicación de la regla así entendida trae consigo una sistemática perturbación del derecho autonómico porque, como ha quedado claro, la colisión no es en nuestro sistema situación excepcional, sino modo habitual de nacimiento del derecho de las Comunidades Autónomas. Interpretar la regla de prevalencia en los términos que aquí se critican parece atentar contra la garantía de las autonomías que se contiene en el título VIII, por cuanto obligaría a *presumir* que el derecho autonómico es siempre nulo.

La tesis, por otra parte, conduce a resultados claramente anticonstitucionales si consideramos el valor que da a la mención de las competencias exclusivas. Si tal mención no pretende señalar el campo de actuación de la prevalencia como regla de aplicación inmediata, su valor no puede ser otro que el de criterio de fondo, esto es, el de criterio a utilizar por la jurisdicción constitucional al revisar la presunción del órgano que hizo prevalecer el derecho del Estado. La prevalencia que actúa en todo caso para resolver de inmediato la colisión, se hace firme cuando se trata de competencias no exclusivas. La presunción que con carácter general era *iuris tantum* será, en el campo de las competencias no exclusivas, *iuris et de iure*. Pero, si se hace una interpretación lógicamente coherente del concepto de prevalencia y de competencia compartida, la consecuencia es que, en esas materias compartidas, el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas puede ser invadido por las normas del Estado, que avanzarán sin freno amparadas por una presunción que ahora es *iuris et de iure*. La atribución de competencias compartidas puede convertirse en una burla, como puede serlo en los Estados federales en que opera la prevalencia absoluta. Es más: es ya una burla, porque en todas las materias asignadas a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma existe ya un derecho del Estado. Esa realidad hace que ni siquiera

ra quepa esperar, como en Suiza, que la prudencia de los poderes federales les conduzca a una autolimitación en el caso de las fuerzas invasoras que la cláusula de prevalencia pone en sus manos.

NOTA

La tesis que se critica es la que esboza GARCÍA DE ENTERRÍA en el lugar antes citado.

b) *Prevalencia inmediata en materias compartidas.*—Otra posible versión de la tesis de la prevalencia inmediata es la que limita tal ventaja del derecho estatal a los supuestos de competencias compartidas, a aquellas que no están atribuidas a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

El punto de partida de la tesis sería el hecho de que, según nuestra Constitución y los Estatutos de Autonomía, la atribución de una materia de la competencia de la Comunidad Autónoma es compartible, y casi sucede con frecuencia, con que tal competencia autonómica comprenda sólo un sector de las facultades. A partir de ahí es posible afirmar que la división de las competencias en plenas y compartidas permite una división de las *materias* de competencia autonómica según que la Comunidad Autónoma ostente sobre ellas todas las competencias o solamente un sector de las mismas. A partir de tal distinción se podría afirmar que la prevalencia produce su efecto presuntivo cuando la colisión de normas se produce en una materia en lo que la Comunidad Autónoma no ostenta la plenitud de facultades y, por supuesto, cuando la materia está claramente fuera de la competencia de la Comunidad Autónoma, pero, en cambio, no lo produce cuando la materia es de la competencia exclusiva, esto es, plena, de la Comunidad.

Tal tesis tiene un apoyo lógico indudable. Si la materia está sometida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma, es decir, si ésta dispone de todas las facultades, es imposible, por definición, que la norma autonómica relativa a la materia esté viciada de incompetencia, y por ello es absurdo pensar que el artículo 149.3 ordena una presunción de nulidad como punto de partida general. Por el contrario, si la competencia es sólo parcial es perfectamente posible que la norma autonómica, aun correspondiendo a una materia de la Comunidad, no corresponda a las correctas facultades que el Estatuto le atribuye,

excepto de la norma, por ejemplo, por tener la norma el carácter de básica y estar limitada la Comunidad al desarrollo legislativo. En tales materias, por tanto, no sería absurdo ordenar la presunción de nulidad y obligar a la Comunidad Autónoma a demostrar que su norma corresponde efectivamente a la concreta competencia de que es titular. Esta tesis matizada podría apoyarse, por otra parte, en la dicción literal del artículo 144.3, ya que la frase según la cual la prevalencia se da «*en todo* lo que no esté atribuido a la competencia exclusiva» de la Comunidad Autónoma parece indicar que la prevalencia opera según las materias, esto es, en todas las materias que no sean objeto de competencia exclusiva.

Tal tesis escapa a los absurdos de la que se acaba de examinar, singularmente a la necesaria destrucción del ámbito de las competencias compartidas. Dado que en ella la mención de la exclusividad se considera como definición del supuesto de prevalencia inmediata o provisional, no es preciso afirmar que volverá a operar al enjuiciar definitivamente la colisión. Esta ya no se resolvería según la regla de prevalencia en ningún caso, sino que en ese momento se pondrían a un lado las pretensiones para resolver tan sólo según el juicio de competencia como ocurre en los Estados federales con jurisdicción constitucional. La regla, por tanto, operaría igual que en éstos, con la salvedad de que sólo en aquellas materias en las que se diesen competencias compartidas, y no, como ocurre en el derecho federal, en todos los supuestos de colisión.

La consecuencia lógica de la tesis y su respeto al orden de competencias no impide, sin embargo, que de ello se deriven consecuencias prácticas igualmente graves que la de la tesis anterior respecto de la formación del derecho de las Comunidades Autónomas. Su consecuencia sería que en las materias de la competencia no exclusiva de éstas prevalecería de inmediato el derecho estatal, sin perjuicio de que posteriormente se demostrara la validez del derecho de las Comunidades Autónomas. La batalla que la tesis anterior presenta a todo el derecho de las Comunidades Autónomas se reduce aquí al que éstas hacen en aquellas materias que comparten con el Estado. Pero los efectos prácticos no son cuantitativamente muy distintos, ya que, en contra de la terminología de los Estatutos, la mayor parte de las competencias autonómicas son compartidas y por ello el bloqueo del proceso autonómico sería prácticamente igual al que deriva de la tesis formulada en términos generales.

3. *La regla de la prevalencia inversión del principio de especialidad*

Parece, por tanto, que en el juicio relativo a la norma a aplicar es necesario eliminar por completo todas las presunciones subyacentes al principio de prevalencia, o, lo que es lo mismo, que si la norma de prevalencia cumple alguna función en ese terreno, no puede ser la de ordenar presunciones como base de la aplicación. Sea cual sea la interpretación que se dé a la cláusula de prevalencia, resulta razonable suponer que hay que eliminar la consecuencia de que el derecho de la Comunidad Autónoma se presume nulo siempre que entre en colisión con el derecho del Estado.

¿Cuál es, entonces, el papel que corresponde en la aplicación a la regla de prevalencia? Para responder a esta pregunta es necesario plantearse, y responder, previamente otra. Si la regla de prevalencia no ha de resolver en todo caso la colisión, ¿cómo se resuelve ésta?

a) *El criterio de aplicación.*—Al afrontar esta cuestión conviene perder de vista el esquema propio del Estado federal, basado en las competencias tasadas para ambas partes, y utilizar hasta sus últimas consecuencias el principio de la competencia general del Estado. Tal principio nos lleva a la conclusión de que la regla que ha de servir como criterio general de aplicación no es la de la prevalencia, propia de un Estado federal, sino la de la relación entre *lex generalis* y *lex specialis*, entre derecho general y derecho especial. Con arreglo a este principio, en aquellos supuestos en que a una misma hipótesis le sea aplicable una norma de derecho general y una de derecho especial, se aplicará en primer lugar ésta, lo que no implica en absoluto aclarar que la norma general es nula, sino tan sólo que será de aplicación supletoria. Con ello se explica más satisfactoriamente la relación entre el derecho del Estado, derecho general y el derecho de las Comunidades Autónomas, relación que consiste en que determinadas clases de objetos se regularán conforme a un derecho particular por constituir el ámbito material de su competencia.

En esta relación no juega papel alguno la cláusula de prevalencia ni las presunciones que son propias de ésta. Para aplicar la regla especial o la general es menester, por el contrario, poner a un lado las presunciones y examinar la colisión tan sólo desde el punto de vista de la generalidad-especialidad, actuando la consecuencia. Ante la presencia de una norma válida, esto es, conforme a la competencia de la Comunidad Autónoma tal norma se aplicará en primer lugar.

Esto significa que la aplicación descansa ante todo en un juicio de validez —se debe examinar si la norma es válida desde el punto de vista de la competencia— al que se aplica después una regla de colisión que decide ésta en favor de la Comunidad Autónoma.

Tal mecanismo tiene que operar al margen de que se trate de una competencia exclusiva o de una competencia que la Comunidad Autónoma comparte con el Estado, *siempre* que la norma sea válida entra en juego el principio de especialidad, sin que quepa distinguir entre las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, sujetas a tal principio, y aquellas materias de competencia compartida, sometidas, en cambio, a la cláusula de prevalencia. Si adoptamos tal punto de vista, si reintrodujéramos en el examen de la competencia la distinción entre las compartidas y las exclusivas, el resultado sería parcialmente igual al de las tesis que se deba de criticar. La norma de la Comunidad Autónoma sólo se aplicaría cuando fuere relativa a una materia sobre la que aquélla ostentase una competencia exclusiva, total, pero en cambio, prevalecería la del Estado en aquellas materias en las que la Comunidad ostentase sólo un sector de la competencia, aun cuando la norma fuese válida por corresponder a las facultades propias de ese sector, por ejemplo, por ser efectivamente norma de desarrollo legislativo.

La aplicación, por tanto, ha de reposar en todo caso sobre un enjuiciamiento de la validez en función de la competencia, sea cual sea la exclusión de ésta. Una vez resuelta afirmativamente la cuestión, la colisión resultante de la presencia de dos normas válidas por igual, se resolverá a partir del principio de especialidad.

b) *La función de la regla de prevalencia.*—Todo ello no significa que la regla del artículo 149.3 carezca de todo contenido respecto de la aplicación. Lo único que ocurre es que su efecto es tan sólo el de eliminar el principio de la *lex specialis* en determinados supuestos produciendo unos efectos inversos a los que éste traería consigo.

Para examinar este efecto es preciso considerar las consecuencias a que conduce el juicio de validez como criterio de aplicación. Ya hemos visto que si éste conduce a un resultado afirmativo, si la norma autonómica se considera válida, la colisión resultante se resolverá con arreglo al principio de la *lex specialis*, y la norma autonómica se aplicará con preferencia a la del Estado. Pero, ¿qué ocurre si el juicio conduce a considerar nula la norma de la Comunidad y ésta tiene rango de

ley? El principio de concentración de la jurisdicción constitucional obliga a que el órgano aplique la ley en cualquier caso, siempre que no le esté abierta alguna vía para instar una declaración de inconstitucionalidad del órgano competente. Si se trata de un juez la consideración de la ley de la Comunidad como posiblemente nula le obliga a plantear la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 35 de la LOTC. Si se trata de un órgano de la Administración —al margen de que pudiera poner su juicio en conocimiento del órgano facultado para interponer el recurso de inconstitucionalidad dentro del breve plazo previsto por la LOTC— tendría que abstenerse de la inaplicación por hallarse ante una norma con una apariencia de validez que le está vedado destruir. La colisión se resolvería entonces igual que si la norma fuera válida, esto es, con aplicación del principio de la *lex specialis* cuyo resultado sería la aplicación de la norma autonómica en cualquier caso.

La regla de la *lex specialis* llevaría así a un resultado similar al de una regla de prevalencia en favor del derecho de las Comunidades Autónomas. Este se aplicaría siempre, al operar a su favor el principio de especialidad del que disfrutarían también las normas dictadas fuera de la competencia, pero amparadas por la concentración de la jurisdicción constitucional.

Tal resultado no es en modo alguno tan aberrante como puede parecer a primera vista. Pero lo cierto es que la cláusula de prevalencia lo evita al establecer que cuando la Comunidad Autónoma actúe fuera de su competencia exclusiva prevalecerá el derecho del Estado. Con tal precepto, no se pretende introducir una presunción de validez del derecho estatal y de correlativa nulidad del derecho autonómico, sino que se pretende tan sólo evitar el efecto a que conduce la combinación del principio de especialidad y el de concentración de la jurisdicción constitucional. Cuando el órgano llamado a la aplicación considere que la ley de la Comunidad Autónoma es nula no se verá sometido a la obligación de aplicarla que deriva de los principios señalados, sino que aplicará el derecho del Estado, esto es, el derecho general, sin perjuicio de que ulteriormente pueda demostrar que su juicio era erróneo y que, por tanto, debió utilizar la regla de especialidad y aplicar el derecho autonómico. Lejos de obligar a hacer una presunción, la regla de prevalencia establece que si se duda de la validez del derecho autonómico se proceda a su inaplicación y se aplique sustitutivamente el derecho general del Estado.

POST SCRIPTUM

La regla de prevalencia en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías y en la obra de L. Parejo

Poco antes de entregar a la imprenta estas páginas se ha publicado el Informe de la Comisión de Expertos sobre las autonomías territoriales, en el que se aborda la cuestión de la regla de prevalencia, así como un libro de Luciano Parejo con el título de *La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981). Es obligado ocuparse de ambos textos aunque sea de modo breve.

El aspecto fundamental de la tesis que se mantiene en ambos textos es que la regla de prevalencia es una norma de competencia que opera en el campo de las competencias compartidas, fundamentalmente en las del artículo 149.1 de la Constitución Española. La afirmación de este carácter de regla de competencia en materias compartidas —y no en las concurrentes como ocurre en el derecho federal, según hemos visto— es un dato novedoso al que vale la pena prestar atención. Para ello nos ocuparemos, lógicamente, del texto de PAREJO, en el que el asunto es objeto de desarrollo doctrinal.

La primera pregunta que surge es si la regla es idéntica a las que constituyen las normas usuales de la compartición de competencias o, si, por el contrario, opera como una nueva norma en ese terreno. La respuesta de PAREJO es la segunda. Con un correcto enfoque del problema, PAREJO afirma que la regla de prevalencia presupone inexcusablemente «la simultaneidad de idéntica competencia normativa (y no la distribución de esa competencia según criterios objetivos del tipo legislación marco-legislación de desarrollo) sobre una misma materia, determinante de la posibilidad de la concurrencia de normas de diferente origen igualmente idénticas en principio» (p. 93). De ahí deriva que la regla de prevalencia no opera en la fijación de lo que ha de entenderse por Ley marco o base, expresión que por *si sola* ya da base a la delimitación competencial sin necesidad de acudir a la regla de la prevalencia. La función de ésta es, por tanto, la de una regla de competencia allí donde las otras reglas de esa naturaleza no son suficientes a resolver el conflicto.

Esto significa que para L. PAREJO, dentro de las llamadas competencias compartidas, hay algunas que son realmente tales —las presididas

por la relación base/desarrollo—, mientras que debe haber otras que en realidad son concurrentes porque en ellas se produce en requerida «simultaneidad de idéntica competencia normativa».

Se trata, en definitiva, de sostener que el artículo 149.1 no sólo contiene materias compartidas —sobre la distribución base/desarrollo o legislación/ejecución—, sino que además —y esto es lo nuevo— atribuye facultades de manera indistinta a las Comunidades autónomas y al Estado, dando lugar así a la concurrencia en sentido propio que es el presupuesto de aplicación de la regla de prevalencia.

Para llegar a esta tesis, PAREJO parte de una original distinción entre las materias del artículo 148 y las del artículo 149. «El orden de materias del artículo 148 pertenece, por prescripción constitucional, al ámbito de los intereses propios de la Comunidad Autónoma, es decir, constituye el contenido garantizado a la autonomía regional, que por ello mismo no puede ser desconocido ni afectado por el ordenamiento infraconstitucional» (p. 103), mientras que el orden de materias del artículo 149 «no sólo queda fuera del contenido garantizado constitucionalmente a la autonomía regional, sino que pertenece, por prescripción constitucional, al ámbito de los intereses de la entera comunidad» (p. 104).

De esta distinción resulta que en el primer campo la concreción de las competencias corresponde al binomio Constitución-Estatuto de autonomía, mientras que en el segundo corresponde al binomio Constitución-Ley estatal. La tesis es, por tanto, que las competencias que puedan asumir las Comunidades Autónomas en el campo del artículo 149 están delimitadas por la Ley estatal y no por los Estatutos de autonomía. Mientras que en el primer campo la posibilidad de limitar la competencia regional está abierta por el artículo 150.3, que permite la utilización de la técnica del límite específico, en el segundo campo opera el artículo 149.3, la regla de prevalencia, que permite «estructurar el ordenamiento general en el caso de la integración del régimen jurídico de una materia con normas de diverso origen, desde el principio capital de la unidad cohesionada con las autonomías solidarias del artículo 2.º del texto constitucional».

Lo esencial de la tesis es que esa limitación de la competencia autonómica en el campo del artículo 149, de esa fuerza comprimente del derecho estatal sobre el regional, no es sólo el resultado de la relación bases-desarrollo, cosa que nadie discute, sino de la regla de

prevalencia, que hace que la Ley estatal se imponga también cuando no es fruto de la normación básica.

Tal resultado es consecuencia lógica de la calificación de la regla como norma de competencia. En efecto, el propio PAREJO reconoce que cuando se trata de la relación entre legislación de bases y legislación de desarrollo, la regla de prevalencia es inútil porque de esa relación resulta la superioridad *lógica* del derecho estatal. La regla de prevalencia habrá de tener otro sentido en ese ámbito competencial, y ese sentido no puede ser otro que el de apoyar al derecho estatal también cuando no tiene carácter de marco o base, esto es, cuando, aun siendo esa la relación definida, las normas estatales rebasen ese carácter, o cuando la relación definida no sea esa. Así lo afirma PAREJO al decir que la prevalencia ampara toda norma, también la simplemente reglamentaria (p. 112).

Dejemos de lado el hecho de que esa distinción entre el artículo 148 y el 149 es sumamente frágil, como lo es también el intento de identificar dentro de este último ciertas materias en las que la potestad del Estado va más allá de la normación básica. La objeción más grave que puede hacerse es que la tesis contiene el germen de la destrucción de la autonomía y, por tanto, es anticonstitucional. PAREJO lo advierte y pretende evitar tan inaceptable resultado. Aunque afirma que en el artículo 149 nos hallamos ante «un espacio plenamente retenido por la soberanía nacional» (p. 104) —un uso erróneo del concepto de soberanía, que sólo se explica por el fantasma siempre presente de los conceptos federalistas, que aquí se quiere criticar—, afirma también, contra lo que podría deducirse de esa tesis y de ese uso del concepto de soberanía, que «la disposición estatal sobre las materias no es, a tenor de los preceptos constitucionales examinados, total, es decir, el Estado carece de competencia para otorgar por completo el régimen jurídico de las mismas» (p.104). Y acaba recordando —quizá consciente del fulminante efecto que podría producir la interpretación más obvia de su tesis— que el principio de prevalencia sólo apoya a la norma estatal que sea constitucional y que en un principio «plenamente justiciable» (p. 115). En el mismo sentido afirma, por último, que «los conflictos que se susciten en las zonas concurrenciales o compartidas —que integran su supuesto típico por definición— han de resolverse necesariamente, en efecto, con aplicación simultánea de las reglas inmediatamente distribuidoras de la competencia y la de prevalencia del derecho estatal» (p. 116).

L. PAREJO parece apuntar así a que dentro de las materias compartidas la regla de prevalencia no opera libremente sino junto a otras reglas de competencia. Una de ellas es la que se desprende de la relación entre legislación básica y legislación de desarrollo. La otra es la del interés nacional, que opera allí donde las facultades del Estado no se limitan a la normación principal o básica en el sentido usual y común de esta expresión, sino que se extienden al «establecimiento de una regulación de todo aquello que en la materia sea necesario para la satisfacción del interés general o nacional presente en la misma» (p. 107).

Pasemos por alto la no pequeña dificultad que plantea el uso de tan indeterminado concepto. El problema es otro: ¿qué valor tiene entonces la regla de prevalencia? Si la supremacía del derecho estatal está asegurada por este criterio también cuando no lo estaría por la relación base-desarrollo, ¿qué añade la regla de prevalencia? PAREJO parece apuntar a veces la tesis de que esa supremacía en virtud del interés nacional es precisamente el contenido de la regla de prevalencia, que afirma así la supremacía del derecho estatal también cuando no resulta de la relación bases-desarrollo. En otros momentos, por el contrario, parece que se trata de distintas cuestiones.

Si lo que ocurre es lo primero, digamos que la regla de prevalencia resulta ya irreconocible y que, en todo caso, afirmar que el derecho del Estado prevalece sólo cuando las normas que lo integran vienen exigidas por el interés nacional es algo perfectamente discutible y carente de todo apoyo jurídico positivo, porque en ningún momento la Constitución limita así el alcance de la regla. A ello hay que añadir que a la tesis del interés nacional podría llegarse también sin que existiese el artículo 149.3, porque sería posible encontrar suficiente en la estructura misma del Estado de organización autonómica. Si, por el contrario, la prevalencia opera al margen del criterio de interés nacional, la conclusión obligada es que en ella se puede destruir la autonomía y que, por tanto, la tesis contradice la Constitución.

Y esa destrucción se producirá, si el criterio se aplica coherentemente. Porque es necesario insistir también aquí en lo que se ha dicho en el texto: toda norma de una Comunidad autónoma *nace* en colisión con el derecho del Estado, y esto ocurre también en el campo de las competencias compartidas. Cuando una Comunidad autónoma usa de su competencia en una materia del artículo 149 ya existe un derecho estatal en esa materia que tiene la misma naturaleza —de desarrollo, complementaria, adicional, de detalle, etc.— que el que pueda crear la

Comunidad autónoma. Si el criterio es pura y simplemente el de la prevalencia, el derecho de la Comunidad autónoma nace literalmente *muerto* en todo lo que sea materia compartida. Si, por el contrario, el criterio es el del interés nacional lo que se ha hecho no es más que plantear un nuevo problema: no sólo sigue sin explicación válida la regla de la prevalencia, sino que se ha introducido un nuevo criterio ambiguo en el ya dificultoso sistema del título VIII.

Tanto el informe de la Comisión de Expertos como el libro de LUCIANO PAREJO se apoyan en el error básico de considerar la regla de prevalencia como norma de competencia. Y es lógico que se adopte ese punto de partida—que PAREJO intenta justificar insistentemente a lo largo de su obra—porque a él conduce un error previo: la utilización de las categorías del Estado federal. En éste, la prevalencia opera en las zonas concurrentes (en el sentido que se da a este término en el texto). En nuestro sistema ese tipo de concurrencia se da en todo el ordenamiento, y al mismo tiempo no aparece expresamente como característica propia de una zona determinada. La búsqueda del paralelismo conduce, sin embargo, a los sectores más parecidos y, sin duda, más conflictivos: los de las competencias compartidas. Pero en esto la regla de prevalencia o bien se identifica con la relación base-desarrollo y se hace inútil—tentación a la que cuidadosamente escapa PAREJO—o se convierte en un elemento capaz de destruir todo el sistema. La utilización de categorías del sistema federal es peor que inútil: es destructiva.